

JUSTICIA PENAL Y DERECHOS HUMANOS

Alberto Bovino

con la colaboración de Christian Hurtado



"Let the jury consider their verdict" the King said...
"No, no!" said the Queen. "Sentence first-verdict afterwards".*

Lewis Carroll, *Alice's Adventures in Wonderland*.

Our fundamental principles of justice declare that the defendant is as innocent on the day before trial as he is on the morning after his acquittal.

Justice Thurgood MARSHALL.

No otra cosa sugieren pares conceptuales opuestos contradictorios, como, por ejemplo, aquel que declara la inocencia de las personas hasta que no sean declaradas culpables de un hecho punible por sentencia firme (*principio de inocencia*) y la necesidad de encarcelar a esa persona durante el procedimiento que debe desembocar en una sentencia.

Julio B. J. MAIER, *Blumbergstraftrecht*.

I. Introducción

Cuando recién había terminado mis estudios universitarios, presenté una ponencia en un Congreso estudiantil que generó, en ese momento, un encendido debate. La ponencia se llamaba "Contra la legalidad", y luego fue publicada en "No Hay Derecho"¹. La idea central de ese trabajo consistía en indagar acerca de ciertos efectos "colaterales" nocivos que traen aparejados ciertos principios de garantía, en el caso, uno de los principios más caros a los penalistas: el principio de legalidad sustantivo.

La tesis central del ensayo consistía en afirmar que había sido responsabilidad de los ilustrados formular una promesa de aplicación racional e igualitaria del

* El término "sentence" no equivale a la palabra castellana "sentencia", sino al pronunciamiento judicial que impone una pena. En el sistema estadounidense, la pena es impuesta por un juez profesional en una audiencia separada y posterior (*sentencing hearing*) a la del juicio común en el que interviene el jurado (*trial*). El jurado, con su veredicto (*verdict*), sólo se pronuncia sobre los hechos, lo que en el juicio penal equivale al juicio sobre la culpabilidad. En conclusión, el párrafo de Lewis Carroll citado significa que se debe imponer la pena *antes* de que exista pronunciamiento sobre la culpabilidad.

¹ BOVINO, *Contra la legalidad*.

castigo a través de principios de garantía como el de legalidad sustantivo, sin advertir que dicho límite, aparentemente promisorio, jamás logró un grado de aplicación efectivo mínimamente aceptable y, al mismo tiempo, generó la ilusión de que el derecho penal en manos del Estado podía ser sometido a un control que redujera la arbitrariedad a niveles tolerables.

En ese momento, atribuimos la responsabilidad principal de las consecuencias negativas y de los efectos sedantes de las promesas implícitas formuladas con el principio de legalidad, casi exclusivamente, a BECCARIA y al resto de los ilustrados. Hoy deseamos discutir provocativamente ciertas ideas de quienes nos precedieron a todos: los iluministas y sus opiniones en relación con el principio de inocencia.

Para ello, comenzaremos por pasar sintética revista de la opinión encendida sobre el principio de inocencia en la doctrina ilustrada. Luego veremos cómo el nivel discursivo se torna menos crítico al hablar de la prisión provisional. A continuación, analizaremos cuál es el sentido del principio de inocencia en la actualidad y veremos cómo, a pesar de las declamaciones que realizamos los juristas, el principio es una promesa incumplida. Por último, indagaremos acerca de la responsabilidad de los iluministas en el fracaso práctico en la aplicación efectiva de la garantía, para arribar, finalmente, a algunas conclusiones provisionales respecto del tema. A diferencia de aquella oportunidad, nuestro análisis rescatará la definición del principio de inocencia elaborada por la Ilustración, y analizará la responsabilidad en el fracaso del respeto efectivo del principio de inocencia de los sucesores del Iluminismo.

II. Una visión posible sobre la Ilustración

II. 1. La reacción ilustrada ante la Inquisición

La noche recorrió Europa a fines de la Edad Media. La santidad de la Iglesia Católica instaló el terror en los corazones de los fieles, los infieles y los escépticos. Si había que lograr un control social omnipotente, nada mejor que el "ojo de Dios", siempre apoyado por el buen Inquisidor, para materializar el castigo contra la más mínima desviación a los dogmas absolutos, irracionales y oscurantistas de la Iglesia Católica romana. El poder terrenal, siempre dispuesto a consolidarse, siguió rápidamente el camino abierto por el poder religioso².

Se generalizó un procedimiento secreto, descontrolado e inhumano, basado en el encarcelamiento indefinido sin causa y en la refinada práctica de la tortura. El imputado carecía de derechos, [su cuerpo] sólo era objeto de la investigación. Entre los derechos que no se reconocían se encontraba, predeciblemente, el principio de inocencia. Aunque la garantía ya había sido reconocida en el dere-

cho romano, el procedimiento inquisitivo la desconoció, pues toda su estructura estaba informada por el principio contrario: la presunción de culpabilidad³.

Luego de varios siglos de vigencia, la "fiesta punitiva" -como la denominó FOUCAULT⁴-, tuvo que sufrir la crítica de los ilustrados, conmocionados por el uso de la tortura. Como señala LLOBET RODRÍGUEZ, al incluirse la presunción de inocencia en la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁵, "no se hizo sino prever un principio ampliamente desarrollado por la doctrina de la Ilustración. Es en ésta y no en el Derecho anglosajón, en donde debe encontrarse el origen de la concepción moderna de la presunción de inocencia, prevista en la citada declaración. Debe tenerse en cuenta al respecto el diferente desarrollo que se dio del Derecho continental europeo y del Derecho anglosajón, de modo que es totalmente lógico que el principio... fuese asumido por la Asamblea francesa... tomando en cuenta... las críticas que la doctrina de la Ilustración desarrolló en contra del proceso inquisitivo vigente dentro del sistema continental europeo"⁶.

Al sentar las bases del nuevo Estado, el programa político-criminal de la Ilustración determinó el futuro del encarcelamiento preventivo a partir de la particular opinión que manifestaban para defender la vigencia del principio de inocencia. Ésta y otras circunstancias hicieron que el vigor inicial del Iluminismo comenzara a perder su capacidad para enfrentarse a la más poderosa de las fuerzas estatales: el derecho penal. Los más radicales reformadores, hoy considerados "padres" del derecho penal moderno, terminaron por postrarse ante la fuerza represiva del Estado, y perdieron la mejor oportunidad histórica para sentar las bases de un derecho penal realmente moderno, humanista y democrático.

La crítica iluminista no se ocupó de los principios materiales del sistema inquisitivo. Las características más salientes de este modelo eran la posibilidad de iniciar la *persecución penal pública* de oficio y la *averiguación de la verdad* como objeto del proceso. Con posterioridad a la Revolución, en un breve período de tiempo, Francia tuvo tres procedimientos penales diferentes: la Ley de enjuiciamiento de 1791, el *Code des délits et des peines* de 1795 y el *Code d'instruction criminelle* de 1808. Lo cierto es que todos estos ordenamientos conservaban los principios materiales del procedimiento inquisitivo: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad como meta del proceso. Aun el más acusatorio procedimiento de la ley revolucionaria de 1791 mantuvo la persecución penal pú-

3 Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 550.

4 FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, p. 16.

5 El art. 9 de la Declaración disponía: "Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley" (traducción de PACHECO, citada por LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, ps. 43 y s.).

6 LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 47.

2 Sobre el advenimiento de las formas inquisitivas en los ámbitos religioso y político de la Europa continental, cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 288 y siguientes.

blica, que tanto MONTESQUIEU como BECCARIA aceptaron y defendieron. Este último escribió "es regla óptima el destinar comisarios que acusen en nombre público a los infractores de las leyes"⁷.

Los grandes sufrimientos causados durante siglos por la forma inquisitiva fueron posibles por la persecución pública del delito y, también, por el uso ordinario del encierro preventivo, como medio para aplicar el tormento, instrumento necesario en la tarea de averiguación de la verdad a cargo del Inquisidor. Fue la necesidad de averiguar la verdad por parte del acusador -el Inquisidor-, definida como meta absoluta del procedimiento, la que transformó el proceso en una investigación, pues el acusador, al ser público, era ajeno al conflicto planteado por el caso penal. Al no cuestionar ninguna de estas dos circunstancias, la crítica ilustrada colaboró, quizá sin intención de hacerlo, a definir el restringido alcance que, a partir de ese momento y hasta la actualidad, se reconocería al principio de inocencia.

La doctrina de la Ilustración, señala LLOBET RODRÍGUEZ correctamente, aludía a la presunción de inocencia como *prohibición de las penas anticipadas*, especialmente como argumento para que se derogara la tortura. Esta cuestión se vinculaba con la prisión preventiva sólo porque el sometimiento del imputado al tormento requería su detención. El autor realiza otra advertencia que explica acabadamente el futuro que habría de corresponderle al encarcelamiento preventivo:

"Por otro lado, en lo relativo al carácter *secundario* que ocupó la prisión preventiva dentro de las críticas al proceso inquisitivo desde el punto de vista de la presunción de inocencia, debe recordarse que la pena privativa de libertad revestía un carácter totalmente excepcional, de modo que la mayoría de los que se encontraban en prisión, lo estaban mientras se resolvía el proceso o mientras se esperaba la ejecución de la pena, por lo que *no tenía mucha importancia* tratar de *diferenciar la prisión preventiva de la pena privativa de libertad*"⁸.

La vertiginosa transformación del derecho procesal penal francés, que culminó, luego de muchos avatares, con el Código de 1808 (*Code d'instruction criminelle*) es la mejor muestra de la resignada limitación de los reformistas. El hijo bastardo de la Revolución, el procedimiento inquisitivo reformado, sirvió de modelo universal en el marco de la tradición jurídica continental europea. El más grande fracaso de los transformadores consistió en el hecho de que, mientras proclamaban las garantías centrales del derecho penal moderno, aceptaron un sistema de enjuiciamiento intrínsecamente incapaz de respetar tales garantías. Casi

7 MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 338. MAIER destaca que MONTESQUIEU se pronunció expresamente por la persecución penal pública (p. 337). Sobre el desarrollo del procedimiento penal francés posterior a la Revolución cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 340 y ss. Sobre la incapacidad del iluminismo para cuestionar el principio más fuerte del procedimiento inquisitivo -la persecución pública-, cf. BOVINO, *Contra la legalidad*, ps. 19 y siguientes.

8 LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, ps. 47 y s. (destacado agregado).

dos siglos más tarde de la aparición del *Code d'instruction criminelle* es fácil advertir que el programa iluminista aún no ha logrado ser llevado a la práctica.

El régimen procesal adoptado por el movimiento reformista, por arrastrar varios elementos propios del sistema inquisitivo, provocó, *ab initio*, la imposibilidad de desarrollar un programa político-criminal respetuoso de los derechos de las personas. El modelo francés no resultó suficiente para garantizar los principios políticos que el movimiento reformista declarara como más importantes. En los dos últimos siglos, especialmente en los países de América Latina, las principales garantías fundamentales del proceso penal fueron avasalladas sistemáticamente. Si tuviéramos que elegir dos garantías que jamás tuvieron realización práctica, podríamos mencionar el principio de inocencia y la garantía de imparcialidad del juzgador⁹. Aquí nos ocuparemos, exclusivamente, del principio de inocencia.

II. 2. La defensa del principio de inocencia

No puede negarse que al comienzo de la Edad Moderna tuvo lugar una encendida defensa del principio de inocencia, considerado por LUCCHINI como la "primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano" y como "corolario lógico del fin racional asignado al proceso". MONTESQUIEU afirmó que "cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad", y que "dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas"¹⁰. La Escuela Clásica, que "previó el proceso penal como un medio de garantizar los derechos del imputado, defendió con fortaleza la existencia de una presunción de inocencia"¹¹.

BECCARIA calificó de *tiránica* la práctica de condenar al imputado sin haber cumplido con la carga de demostrar con certeza su culpabilidad: "Y, sin embargo, los... delitos de difícil prueba, son los que según los principios recibidos admiten las presunciones tiránicas, las *cuasi-pruebas*, las *semi-pruebas* (como si un hombre pudiera ser *semi-inocente* o *semi-reo*, es decir, *semi-punible*, o *semi-absoluble*)"¹². En consecuencia, destacó que:

"A un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se le otorgó. ¿Cuál es, pues, el derecho, si no es el de la fuerza, que dé potestad a un juez para aplicar una pena a un ciudadano mientras se duda todavía si es

9 Un desarrollo de las razones por las cuales el modelo inquisitivo reformado, aún vigente en muchos países -v. gr., CPP Nación (Argentina)- porta una incapacidad intrínseca para respetar esa garantía en BOVINO, *Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de justicia penal*, ps. 13 y siguientes.

10 Ambos autores citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 549.

11 LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, ps. 74 y siguiente.

12 BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 130 (destacado en el original).

reo o es inocente?... [Si el delito] es incierto, no se debe atormentar a un inocente, ya que tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados"¹³.

"No entiendo", escribió HOBBS, "cómo puede haber un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infringirse una pena sin una sentencia previa". Calificó la prisión cautelar como un "acto hostil" contra un ciudadano y sostuvo que: "Todo castigo de súbditos inocentes, ya se trate de un castigo grande o pequeño, va contra la ley de la naturaleza porque el castigo es sólo debido a una transgresión de la ley, y, por tanto, no puede castigarse al inocente". VOLTAIRE observó que "la manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos". Otros reconocidos pensadores —como CARRARA y BENTHAM— denunciaron la "atrocidad", la "barbarie", la "injusticia" y la "inmoralidad" de la prisión preventiva¹⁴. MARAT escribió que mientras el acusado no haya sido declarado culpable en los ojos del juez, nadie tenía derecho a tratarlo como culpable¹⁵.

CARRARA, por su parte, definió el principio de inocencia como postulado fundamental del proceso penal, presupuesto de las demás garantías, y criticó duramente la prisión preventiva¹⁶. Advirtió que "no ha muerto la estirpe de los que lloran en secreto la abolición de las torturas, ya que el calabozo, empleado en el sentido que ellos lo enseñan, no es sino un tormento disfrazado". En su defensa del principio, señaló que la ciencia, "con frente levantada afirma: 'protejo este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos'"¹⁷.

PAGANO postulaba "Que nadie sea castigado sin proceso", y CARMIGNANI calificaba al encarcelamiento preventivo como "al mismo tiempo una pena... y un medio de extorsión similar a la tortura". GIUDICI sostenía que "sólo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano"¹⁸.

Las críticas a las torturas del procedimiento inquisitivo provocaron la unánime afirmación del principio de inocencia. En este contexto, resultaba razonable esperarse un fuerte ataque al encarcelamiento preventivo. Sin embargo, los ilustrados, según se afirma, no fueron consecuentes con el principio que postularon y, paradójicamente, prepararon el terreno para su futura vulneración.

¹³ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 119 (destacado en el original).

¹⁴ Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 550, 552, 625 y 552.

¹⁵ Citado por LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 48.

¹⁶ LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 75.

¹⁷ Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 550, 557 y 626 (destacado en el original).

¹⁸ Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 626 y 630.

II. 3. La aceptación de la "prisión provisional"

A pesar de la ardiente defensa que los ilustrados realizaron del principio de inocencia, terminaron —según se afirma—, todos ellos, por justificar el uso del encarcelamiento cautelar como medida de aseguramiento de los fines del proceso o, lisa y llanamente, como pena anticipada.

Como indica LLOBET RODRÍGUEZ, la doctrina iluminista no consideró la prisión preventiva como una negación del principio de inocencia. Señala, por ejemplo, que BECCARIA "destacó la problemática entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva, no renunciando ni a una ni a la otra, pero admitiendo que la prisión preventiva encuentra límites fijados por la presunción de inocencia"¹⁹.

En realidad, BECCARIA fue mucho más allá, pues afirmó que la pena anticipada vulneraba el principio de inocencia y, al mismo tiempo, justificó abiertamente que en algunos casos se recurriera al encarcelamiento preventivo, al cual le reconocía sin rodeos el carácter de pena anticipada:

"La prisión es una pena que necesariamente debe preceder, a diferencia de todas las demás, a la declaración del delito; pero este carácter diferencial no le quita el otro esencial, a saber, que sólo la ley determine los casos en que un hombre es digno de pena. La ley, pues, determinará los indicios de un delito que merezcan la custodia del reo, que lo sometan a un examen o a una pena. La fama pública, la fuga, la confesión extrajudicial, la de un compañero del delito, las amenazas y la constante enemistad del ofendido, el cuerpo del delito y otros indicios similares, son pruebas suficientes para capturar a un ciudadano"²⁰.

BECCARIA, además, aceptó la posibilidad de imponer una pena formal aun cuando no se hubiera probado la culpabilidad del acusado: "Cuando en un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre, pero sí gran probabilidad de haberlo cometido, parece debería decretarse contra él la pena de destierro". También reconoció fines procesales a la detención cautelar, pues destacó que "la simple custodia" de un ciudadano sólo podía ser "necesaria para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos"²¹.

FILANGIERI admitía el "paso violento de la captura" para asegurar la comparencia del imputado al proceso. CONSTANT y BENTHAM también la consideraban aceptable. PAGANO se ocupó de advertir "cuánto peligro entraña dejar libres a los delincuentes importantes contra los cuales no existe prueba plena" y de proponer que "para que la sociedad pudiera descansar más segura, el reo contra el que existan indicios pero no confirmaciones podría ser desterrado para siempre del reino"²².

¹⁹ LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 171.

²⁰ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 105 (destacado agregado).

²¹ Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y 626.

²² Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 552.

CARRARA, llamativamente, admitió que la custodia preventiva podía ser ordenada no sólo para evitar la fuga del imputado, sino también por necesidades de "defensa pública, para impedirle a ciertos fascinosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno"²³.

En realidad, también se afirma que la cuestión que el Iluminismo encontraba problemática no era la prisión preventiva en sí misma, a la cual justificaron por diversos motivos, sino, exclusivamente, la dureza o el rigor en su ejecución. Es por ello que HOBBS justificó el encarcelamiento anticipado en los siguientes términos: "Prisión existe cuando un hombre queda privado de libertad por la autoridad pública, privación que puede ocurrir de dos diversas maneras; una de ellas consiste en la custodia y vigilancia del acusado, la otra en infligir una penalidad a un condenado. La primera *no es pena*, porque nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable. Por consiguiente, *cualquier daño* que se cause a un hombre, antes de que su causa sea oída en el sentido de sufrir encarcelamiento o privación *más allá de lo que resulta necesario* para asegurar su custodia, *va contra la ley de la naturaleza*"²⁴.

En síntesis, se acusa a los ilustrados de haberse ocupado especialmente de erosionar el contenido sustancial del principio que tanto defendieron, al reconocer la dudosa legitimidad del encarcelamiento de inocentes con fines tanto procesales como sustantivos. Tal como señala FERRAJOLI, "en nombre de 'necesidades' diversas... la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico"²⁵.

II. 4. Las consecuencias

La actitud ingenua de los iluministas frente a la prisión cautelar, y la posterior embestida en contra del principio de inocencia llevada a cabo por el positivismo criminológico contribuyeron a socavar su importancia y su significado. Tanto GARÓFALO como FERRI criticaron la fórmula de la presunción de inocencia de la escuela clásica. También resultó decisiva la autoridad de MANZINI, quien estigmatizó la presunción de inocencia, entre diversos argumentos, por considerar que la experiencia enseña que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables²⁶.

La justificación aparentemente inconsistente de los iluministas y el posterior giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal del siglo XIX profundizaron la consolidación del instituto del encarcelamiento anticipado de inocentes. Su amplia aplicación lo tornó un instrumento de prevención y defensa social que, bajo el

²³ Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y siguiente.

²⁴ Citado por LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 48 (destacado agregado).

²⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 553.

²⁶ Sobre las críticas de GARÓFALO, FERRI y MANZINI, cf. LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, ps. 78 y ss., 84 y ss., y 88 y ss., respectivamente.

eufemismo de su carácter "procesal", constituyó una verdadera pena sin juicio²⁷. La ilegítima práctica de la justicia europea arribó a los países de América Latina, por imposición del colonizador español. A pesar de los procesos de independencia, la profunda influencia de la cultura inquisitiva española ha persistido hasta nuestros días, y ha sido la causa principal de las altísimas tasas de presos sin condena del sub-continente.

Según los estudios empíricos, nuestros países recurren, como *regla*, al encarcelamiento pretendidamente cautelar de personas inocentes, como si se tratara de una pena anticipada. Los estudios señalan, de modo incontrovertible, la existencia, la magnitud y la gravedad del problema del abuso del encarcelamiento preventivo, y exponen las desmedidas tasas de presos sin condena.

Hasta hace algunos años, en los países de América Latina con sistema jurídico continental europeo, más del 60 % de las personas privadas de su libertad se encontraban sometidas a detención preventiva. Es decir que, de cada cien individuos en prisión, más de 60 eran procesados y, en consecuencia, jurídicamente inocentes. Nueve años después de la investigación que arrojará estas cifras, el porcentaje subió a un 65 %²⁸. Una investigación más reciente aún (1993-1995) demuestra que este porcentaje no ha variado sustancialmente en los últimos años. CARRANZA, el autor de este estudio, advierte, además, que las cifras pueden ser aun mayores, pues ellas sólo incluyen a aquellos presos que han ingresado formalmente al sistema penitenciario mientras que, en los hechos, el número total de personas sometidas a otras formas de detención es muchísimo más elevado²⁹. Por lo demás, se ha señalado lo paradójico de la situación del siguiente modo:

"Sin embargo, no obstante todas estas garantías establecidas en los derechos nacionales e internacional, para los presos con condena se han invertido las etapas del proceso: durante la etapa de instrucción -en la que debe prevalecer el principio de inocencia- son privados de libertad y materialmente condenados, y en la etapa del juicio (si es que éste se realiza), son puestos en libertad porque los jueces deben dar por cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, o porque les otorgan la libertad condicional también por el tiempo transcurrido, o porque se les sobresee o absuelve"³⁰.

²⁷ Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 553.

²⁸ Cf. CARRANZA, MORA MORA, HOJED Y ZAFFARONI, *El "preso sin condena" en América Latina y el Caribe*, ps. 643 y siguientes.

²⁹ Al respecto, se pone de manifiesto que: "Existe por lo general una cifra muy alta de privados de libertad -a veces por períodos de tiempo larguísimo, de años- alojados en dependencias policiales" (cf. CARRANZA, *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*, p. 69). El estudio citado señala como ejemplo las cifras de la provincia de Buenos Aires (Argentina), con 9.427 presos en el sistema penitenciario formal y 7.000 presos en dependencias policiales al 31/12/93, y las cifras de Nicaragua, con 3.470 presos declarados en el sistema penitenciario y 2.500 presos en dependencias policiales al 30/6/95 (p. 69).

³⁰ CARRANZA, *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*, ps. 65 y siguiente.

El problema del abuso del encarcelamiento preventivo, además, resulta agravado significativamente por un problema adicional: las pésimas condiciones materiales en las que se cumple la detención cautelar de las personas inocentes. Las terribles e inhumanas condiciones de nuestras prisiones, en las que se cumple el encierro cautelar o procesal, son tan evidentes que ni siquiera requieren demostración alguna a través de estudios científicos que la corroboren. El profundo deterioro de nuestros sistemas penitenciarios es de tal magnitud que puede ser percibido por cualquier observador que se limite a prestarles un mínimo de atención.

Frente a esta realidad, cabe interrogarse si no deberíamos aceptar el desafío de MANZINI:

"Y, en fin, ¿de qué inocencia se trata?... Y entonces, ¿por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no... [es abolida] la prisión provisoria?"³¹.

III. El principio de inocencia en la actualidad

III. 1. Significado del principio

El "principio de principios" en materia de encarcelamiento preventivo es, sin duda, el principio de inocencia, también denominado presunción de inocencia. La doctrina suele discutir si en realidad se trata de una presunción. Sin embargo, MAGALHAES nos advierte que lo más importante de la presunción de inocencia es, en realidad, su *valor ideológico* como *presunción política* tendiente a garantizar la posición de libertad del imputado frente al interés estatal en la represión penal. El autor señala que no sólo es incorrecto referirse al principio como "presunción", sino que, además, el tratamiento de presunción podría encubrir *el valor político del principio*. Lo importante es reconocer que la denominada presunción de inocencia constituye un principio informador de todo el procedimiento penal que, "como tal, debe servir de presupuesto y parámetro de todas las actividades estatales concernientes a la represión criminal... [y de] modelo de tratamiento del sospechoso, inculpaado o acusado, que *antes de la condena no puede sufrir ninguna equiparación con el culpable*"³².

Según este principio, toda persona debe ser considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento legal reconoce a todos los seres humanos. Ello significa que el imputado en un caso penal, a pesar de ser sometido a persecución, *merece un tratamiento distinto* al de las personas efectivamente condenadas.

31 Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 555.

32 MAGALHAES GOMES FILHO, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, ps. 42 y s., desatado agragado.

El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, es decir, que no haya participado, de hecho, en la comisión de una conducta punible. Su significado consiste en atribuir a toda persona un *estado jurídico* que exige que sea considerada inocente, sin importar, para ello, el hecho de que sea, en realidad, culpable o inocente respecto del hecho que se le atribuye³³. Como sintetizara D'ÁLBORA:

"Para evitar equívocos resulta más aceptable denominarlo principio de inocencia, conforme al cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusado"³⁴.

III. 2. La crítica

El principio de inocencia exige que la pena sólo sea impuesta luego de una sentencia firme dictada en un juicio en el que se obtiene la certeza de la responsabilidad del imputado y en el que deben respetarse diversas garantías. El principio de legalidad exige que la pena se imponga sólo cuando el imputado cometió un acto previamente definido en la ley como hecho punible. En consecuencia, sólo se puede castigar a quien ya ha cometido un acto cuya realización se ha logrado demostrar en un juicio con las debidas formalidades.

Cuando se impone la privación de libertad preventiva, en cambio, se ordena la misma medida que se aplica a los condenados *sin certeza alguna*. En efecto, cuando se detiene al imputado aún no se ha demostrado que él es responsable por un hecho ya acontecido, y tampoco se puede demostrar que realizará determinado comportamiento en el futuro -eventual fuga o entorpecimiento de la investigación-.

Si, en el mejor de los casos, se impone la privación de libertad con fundamento en sus fines procesales -peligro de fuga o de entorpecimiento-, se aplica una "pena" a quien aún no ha sido declarado culpable por un presunto acto previo, y para evitar que lleve a cabo determinado comportamiento en el futuro. Si tenemos en cuenta, además, que el principio de inocencia no está condicionado en los textos normativos que lo establecen -v. gr., Constitución Nacional-, no se comprende por qué razón se tolera que se adelante la pena a algunos inocentes, sin importar el motivo que provoca la detención.

¿Qué sentido tiene el principio de inocencia si el Estado puede, como regla, sancionar a quien no ha sido juzgado? Como señala FERRAJOLI, debe aceptarse "que no sólo el abuso, sino ya antes *el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo*"

33 La doctrina mayoritaria en América Latina se pronuncia en contra de que la presunción de inocencia sea una presunción en sentido técnico. Se sostiene, en cambio, como lo hacen, entre otros, VÉLEZ MARCONDE y MAIER, que se trata de un estado jurídico del imputado -en realidad, de toda persona no condenada por sentencia firme-. Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, ps. 151 y siguiente.

34 D'ÁLBORA, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado*, p. 25.

y además idóneo para provocar... el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales"³⁵.

La importancia de los valores en juego ha sido destacada por PASTOR: "En la prisión preventiva se juega el Estado de derecho"³⁶. Este autor señala que la detención preventiva contradice todos los principios de protección que impiden el abuso del poder penal del Estado

III. 3. Principio de inocencia y principio de legalidad sustantivo

El artículo 18 de nuestra Constitución Nacional define en la misma frase y con el mismo alcance dos garantías fundamentales del Estado de derecho, el principio sustantivo de legalidad y el principio procesal de inocencia:

"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso..."

FERRAJOLI ha destacado la estrecha interrelación entre garantías penales y procesales:

"Las garantías penales, al subordinar la pena a los presupuestos sustanciales del delito -lesión, acción y culpabilidad- serán efectivas en la medida en que éstos sean objeto de un juicio en el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control. Por eso las garantías procesales, y en general las normas que regulan la jurisdicción, se llaman también '*instrumentales*' frente a las garantías y a las normas penales, designadas en cambio como '*sustanciales*'.

La correlación funcional es, por lo demás, biunívoca, dado que las garantías penales pueden, a su vez, considerarse necesarias para garantizar juicios que no sean arbitrarios: en su ausencia, en efecto, juicio y pena estarían desvinculados de límites legalmente preestablecidos y resultarían no menos potestativas que si faltasen las garantías procesales. Es decir, tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de efectividad"³⁷.

La correlación funcional entre ambas garantías se refleja de manera expresa en el texto constitucional de nuestro país, pues en la misma frase se condensan el principio de legalidad sustantivo y el principio de inocencia. Ello significa, por un lado, que no se puede imponer una pena fundada en una ley anterior al hecho sin realizar el juicio previo y, por el otro, que tampoco se puede aplicar una pena aun después de realizado el juicio si tal sanción no se halla fundada en una ley anterior que la comine para el hecho concreto verificado en el proceso.

El texto constitucional no admite ninguna excepción al principio de legalidad sustantivo. Tampoco admite ninguna excepción al principio de inocencia que au-

³⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 555 (destacado agregado).

³⁶ PASTOR, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, p. 286.

³⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 537 (destacado en el original).

torice a imponer una medida de la gravedad del encarcelamiento preventivo³⁸. En consecuencia, nuestro derecho constitucional establece el principio de inocencia de manera absoluta, aplicable a todos los casos penales, y no contiene mención alguna a la posibilidad de admitir una medida como el encarcelamiento preventivo.

III. 4. Falacias que "justifican" las vulneraciones al principio

III. 4. A. El carácter "relativo" del principio

Uno de los argumentos para justificar esta medida, consiste en afirmar que los derechos constitucionales no son absolutos, y que pueden ser restringidos en ciertas circunstancias. Sin embargo, esta idea, en sí misma, es falsa. En este sentido, y respecto de la posibilidad de encarcelar a una persona por un período de tiempo indefinido, se afirma, de buena fe, que: "Uno de los principios generales de toda sociedad es que sus integrantes pueden sufrir injerencias en sus derechos fundamentales"³⁹.

En primer lugar, se puede demostrar fácilmente que esto no es así en todos los casos. Jamás se ha sostenido, por ejemplo, que se pueda aplicar una pena *sin una ley previa* que defina la conducta delictiva y la sanción aplicable. Por otro lado, diversas cláusulas de la Constitución Nacional no reconocen la posibilidad de sufrir ningún tipo de restricción. El artículo 15 de la CN afirma: "En la Nación Argentina no hay esclavos...". El artículo 16, por su parte, dispone: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza...". Según la posición que criticamos estas garantías podrían admitir excepciones.

Sin embargo, jamás se ha defendido la opinión de que, bajo ciertas circunstancias, se pueda imponer una pena por un hecho no delictivo, o se pueda someter a alguien a esclavitud, o se puedan reconocer títulos de nobleza. Ello significa que no es posible afirmar que todos los derechos fundamentales puedan ser restringidos o limitados. Así, independientemente de la eventual "necesidad" de regresar a la esclavitud o a los títulos de nobleza, es un hecho cierto que jamás se ha admitido que tal posibilidad resulte permitida por el texto constitucional.

En lo que sí tiene razón LLOBET RODRÍGUEZ es que es posible que los individuos sufran injerencias en ciertos derechos fundamentales. Para ello, la CN autoriza expresamente esas injerencias, como sucede, por ejemplo, con la protección del domicilio. Por este motivo, el mismo artículo 18 de la CN afirma: "El domicilio es inviolable... y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá

³⁸ La referencia al hecho de que nadie "puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente" no tiene relación alguna con la detención preventiva, pues se trata de medidas que, además de cumplir finalidades distintas, difieren sustancialmente en su gravedad.

³⁹ LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 169.

procederse a su allanamiento y ocupación". Pero la presunción de inocencia y el principio de legalidad no están regulados de este modo en nuestra Constitución.

Si admitiéramos el razonamiento que permite inferencias de cualquier magnitud en todos los derechos fundamentales, no sólo deberíamos tolerar la prisión preventiva sino, también, que luego de un juicio se imponga una pena por un hecho no previsto en la ley penal, si existieran razones suficientes para fundar la necesidad de que tal hecho fuera castigado.

III. 4. B. La compensación como legitimación

Tanto Nino como Llobet Rodríguez sugieren que el encarcelamiento preventivo, para no vulnerar el principio de inocencia, debe ser "compensado" o "indemnizado". En este sentido, afirma Nino:

"La tercera situación en la que se justifica el ejercicio de la coacción estatal se da cuando esa coacción es necesaria para impedir que se reduzca la autonomía de algunos individuos que no han consentido esa reducción y se compensa adecuadamente a quienes sufren la coacción aplicada. El principio de compensación es el que debería regir en el caso de medidas de seguridad no consentidas por individuos que las padecen, como... la prisión preventiva de individuos que son luego absueltos"⁴⁰.

Sin embargo, en el ámbito nacional, la ley 24.390, que regula los límites temporales del encarcelamiento preventivo, paradójicamente, "compensa" a quien resulta culpable y no toma medida alguna respecto de quien resulta inocente.

El principio de inocencia claramente establece que el valor de mayor jerarquía es la libertad⁴¹. La prisión preventiva no es una injerencia sino, lisa y llanamente, la negación del principio. La injerencia, por lo general, es equivalente a la pena. En este punto, es fundamental recordar que, además de que nuestro texto constitucional no admite excepción alguna al principio de inocencia, el artículo 28 dispone: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Y no se puede dejar de tener en cuenta que el daño causado por la prisión preventiva es irrecuperable. En el supuesto de las medidas cautelares del proceso civil, los intereses meramente patrimoniales se protegen en mayor medida, a través de la contracautela. Tales medidas cautelares, además, no producen un daño irreparable.

III. 4. C. Los fines procesales del encarcelamiento anticipado

Según la doctrina más garantista, "la presunción de inocencia no puede significar la prohibición del dictado de la prisión preventiva... La solución sólo puede descansar en la concepción que sostiene que la prisión es prohibida como pena

anticipada y que debe diferenciarse entre esta medida coercitiva y la pena privativa de libertad..."⁴².

Sin embargo, se reconoce, al mismo tiempo, "que la prisión preventiva y la pena privativa de libertad no se pueden diferenciar sustancialmente en la intensidad de la restricción a la libertad. Entre ambas solamente es posible una distinción que parta de los fines de la privación de libertad en cada una de ellas"⁴³.

Si, como se reconoce expresamente, no hay diferencia sustancial entre la pena y el encarcelamiento preventivo, la única circunstancia que distingue a este último de la sanción represiva consiste en su fin cautelar. Sin embargo, la garantía que protege al inocente debe analizarse, para determinar si ha sido respetada o no, desde el punto de vista del individuo cuya libertad protege. Desde este enfoque, se impone al inocente la misma medida que al condenado. Difícilmente se pueda afirmar que la restricción de la libertad del inocente varíe por el pretendido fin que, desde el punto de vista del Estado, se le atribuya a la detención. El principio de inocencia no existe para prohibir al Estado imponer al inocente medidas sustancialmente represivas con fines también represivos, sino para prohibir al Estado imponer al inocente toda medida sustancialmente represiva, independientemente de los fines atribuidos a tal medida⁴⁴.

Dado que los fines procesales, por decisión expresa del principio de inocencia, revisten menor jerarquía que la libertad ambulatoria del inocente, sólo pueden permitirse, en todo caso, restricciones mínimas a la libertad del imputado, que jamás pueden asemejarse, por su intensidad o duración, a la pena misma. Esto es lo que sucede, precisamente, con la prisión preventiva, y es exactamente lo que el principio de inocencia prohíbe.

El principio de proporcionalidad, en este contexto, no puede autorizar una medida cautelar sustancialmente idéntica a la pena. La medida de la restricción cautelar, para ser proporcional, debe resultar sustancialmente inferior a la de la restricción sustantiva, pues las diferentes jerarquías axiológicas de los intereses en conflicto exigen una diferencia significativa entre ambas⁴⁵.

42 LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 171 (destacado agregado).

43 LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 175 (destacado agregado).

44 Para que el fin atribuido a la medida que anula por completo el derecho protegido pueda justificar la magnitud de esa restricción, ese fin debe ser, necesariamente, axiológicamente superior a la libertad conculcada. Si fuera de idéntico valor, por ejemplo, no podría justificar la anulación íntegra del derecho, pues se debería adoptar una solución de compromiso que permita equilibrar la tensión entre la restricción y el ejercicio del derecho. Sin embargo, el principio de inocencia significa, precisamente, que se ha reconocido mucho mayor valor a la libertad individual que a la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal. Y este mayor valor adquiere máxima trascendencia, especialmente, cuando pe-ligran los fines procesales, pues en los demás casos no existe necesidad de restringir la libertad. Si no fuera así, la garantía no tendría sentido limitador alguno.

45 Ver, en este sentido, el magnífico trabajo de Natalia Sekgi, *Límites temporales a la prisión preventiva*, especialmente el punto III. 2. *Límite temporal derivado del principio de proporcionalidad*, donde desarrolla su ingenioso y original "principio de inequivalencia entre la pena y la prisión preventiva", ps. 136 y siguientes.

40 NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 456.

41 Ver, también, la minuciosa regulación del derecho a la libertad contenida en el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

III. 5. Requisitos materiales del encarcelamiento anticipado

Tanto en la doctrina más moderna, como en la jurisprudencia nacional e internacional, se termina por aceptar que, en el contexto de los sistemas de justicia penal de la región, se disponga la privación de libertad de personas jurídicamente inocentes si se respetan los siguientes requisitos y principios materiales⁴⁶:

- Principio de excepcionalidad: obliga a regular legalmente y a aplicar judicialmente medidas menos lesivas al encarcelamiento como regla.
- Verificación del mérito sustantivo: presupuesto del avance de la persecución, que requiere cierto avance en el procedimiento que permita establecer la probabilidad de que el imputado puede ser responsable por la comisión de un hecho punible.
- Fin procesal: el único fundamento de la prisión cautelar es neutralizar dos tipos de peligros procesales: el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de averiguación de la verdad.
- Principio de proporcionalidad: exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los condenados. El sentido actual del principio es el de *estricta equivalencia* entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo. Por este motivo el principio de proporcionalidad ha sido denominado "prohibición de exceso"⁴⁷. Así, la doctrina mayoritaria más moderna sostiene: "la violencia que se ejerce como medida de coerción [encarcelamiento preventivo] nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión"⁴⁸.
- Principio de provisionalidad: requiere la subsistencia de todos los requisitos anteriores para que se autorice a continuar con la imposición de la medida de coerción cautelar.

III. 6. Las aporías del significado del principio

En verdad, teniendo en cuenta las consecuencias que deberían derivar del principio de inocencia, esto es, la imposibilidad absoluta de ser tratado como culpable hasta que se destruya tal estado jurídico, resultan de imposible alcance. Ello pues los desarrollos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales mayoritariamente vigentes parten de presupuestos incorrectos o inválidos.

Por un lado, los requisitos materiales mencionados padecen de dos problemas: a) son teóricamente erróneos o inválidos; o b) no son tenidos en cuenta en las prácticas reales de aplicación del encarcelamiento preventivo.

⁴⁶ Un desarrollo acabado y una defensa contraria a la opinión que aquí sostenemos de estos requisitos en BOVINO, El fallo "Suárez Rosero", en esta misma obra.

⁴⁷ Cf. SÁNCHEZ ROMERO, La prisión preventiva en un Estado de derecho, p. 67.

⁴⁸ BINDER, Introducción al derecho procesal penal, p. 200.

En el punto siguiente trataremos de explicar las razones de esta última afirmación y, de manera embrionaria, formular una propuesta sobre los nuevos enfoques que deben ser adoptados para que el procedimiento penal resulte capaz de respetar el principio de inocencia.

IV. Los engaños del principio de inocencia

IV. 1. Principio de excepcionalidad y mérito sustantivo

En honor a la brevedad, no impugnaremos aquí las diversas aporías propias de todos y cada uno de los requisitos materiales enunciados en el punto III. 5. Basta señalar, respecto del principio de excepcionalidad, dos circunstancias diferentes:

- a) en primer término, el principio no se respeta pues, o bien el legislador incumple con su obligación de regular un amplio catálogo de medidas cautelares menos lesivas que el encarcelamiento preventivo, o bien, aunque tales medidas hayan sido legisladas, los operadores judiciales aplican las leyes procesales como si el programa legislativo previera el encarcelamiento preventivo como regla;
- b) en segundo lugar, aun si se cumpliera con el programa normativo del principio de excepcionalidad, el cumplimiento en la mayoría de los casos de no aplicar el encarcelamiento de ningún modo no tendría virtualidad para justificar la privación de libertad anticipada en aquellos casos en los cuales "excepcionalmente" se aplicara. Ello pues el principio de inocencia no establece que sólo a la mayoría de los imputados se debe respetarles el principio de inocencia, sino a todos ellos.

En cuanto al mérito sustantivo, la larga experiencia de nuestra región demuestra que, en la práctica, se detiene sin cumplir con los estándares probatorios necesarios para hacerlo.

Ello pues o se abusa de situaciones que autorizan las detenciones sin orden ni control judicial -v. gr., Guatemala-, o bien se dicta el auto de prisión preventiva sin la prueba suficiente que exigen las reglas legales. Piénsese, en este último sentido, que en el CPP Nación el estándar probatorio para dictar el auto de procesamiento y, en consecuencia, el auto de prisión preventiva, es prácticamente idéntico que el del auto de elevación a juicio.

El largo período de tiempo que transcurre en nuestro sistema entre la detención y la remisión a juicio demuestra que las detenciones no cuentan con el cumplimiento de las exigencias probatorias requeridas legalmente. En síntesis, se detiene para investigar, y no se investiga para detener.

IV. 2. La verificación del peligro procesal

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado "que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la jus-

ticia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia"⁴⁹.

Para observar esta exigencia, el juicio sobre la existencia del peligro en el caso particular sólo puede corresponder a un órgano judicial⁵⁰. El juicio de peligrosidad procesal sólo puede estar a cargo del tribunal, pues éste exige la comprobación efectiva de circunstancias objetivas y ciertas, en un caso concreto, y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable de peligro procesal.

Dado que el encarcelamiento preventivo se impone con la pretensión de evitar hechos que podrían suceder en el futuro, esto es, aún no realizados, cabe preguntarse si es posible que, en el marco del procedimiento penal, se pueda verificar ese pronóstico.

Si tenemos en cuenta el peligro de fuga, parece difícil que la eventual huida futura del imputado pueda ser verificada de alguna manera. Salvo casos excepcionales, en los cuales se descubre al imputado cuando ya ha comenzado a desarrollar el plan para evadir la acción de la justicia -v. gr., se comprueba que ha adquirido un pasaje de ida a un país extranjero-, no parece posible deducir de otro tipo de hechos, ya acontecidos, la realización de un hecho futuro de las características de la fuga.

Lo mismo sucede con el peligro de entorpecimiento de la investigación. Por tratarse, también, de hechos futuros, su verificación presenta idénticos problemas. Aun en el supuesto de que se demuestre, en el caso concreto, que el imputado ya ha realizado algún acto entorpecedor, de allí tampoco se puede deducir que repetirá comportamientos similares en el futuro.

El problema es que, según se afirma, el tribunal debe verificar la existencia del peligro concreto a través de datos objetivos derivados de elementos de prueba incorporados válidamente al proceso. Sin embargo, parece extremadamente difícil, al menos en la mayoría de los casos, "probar" la realización de un comportamiento del imputado que sucederá en el futuro⁵¹. Esta cuestión, en sí misma, plantea un grave problema para conciliar el encarcelamiento preventivo con el principio de inocencia.

El principio de inocencia sólo autoriza a imponer una pena cuando se ha demostrado con certeza, luego de una investigación exhaustiva, la efectiva realización

49 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N° 12/96*, p. 48 (destacado agregado).

50 Por ello, la legislación procesal no puede establecer criterios generales que impongan al tribunal el deber de ordenar la privación de libertad, independientemente de las circunstancias concretas del caso. Ello sucede, por ejemplo, cuando se establece la obligatoriedad de dictar la detención cautelar para cierto tipo de delitos.

51 Plénesse que si el Estado aún no ha podido probar un hecho que efectivamente ya fue cometido -el hecho punible objeto del proceso-, cuánto más improbable es que "pruebe" -en verdad, se trata de una tarea imposible- que es muy probable que algo suceda en el futuro.

de determinado comportamiento acontecido en el pasado. Al mismo tiempo, se afirma que el peligro procesal justifica el encarcelamiento anticipado del inculpe. Ahora bien, ¿es posible admitir que la pena sólo puede ser fundada en la certeza de que un comportamiento ha sido efectivamente realizado y, al mismo tiempo, afirmar que es legítimo privar de la libertad a una persona debido a la posible realización de hechos futuros sobre los cuales no se requiere certeza alguna?

IV. 3. El margen de error

Si tuviéramos que comparar la racionalidad de la detención procesal con la detención represiva en el marco de las teorías de los fines de la pena, podríamos afirmar que el encierro procesal tiene una finalidad preventivo-especial negativa dirigida a impedir el entorpecimiento de la investigación o la fuga. La necesidad preventiva, como hemos visto, depende del pronóstico de la predicción del comportamiento futuro del imputado. En este marco, la analogía con la teoría de la pena puede arrojar algunas conclusiones interesantes. Para ello recurriremos a la particular visión que los estadounidenses tienen sobre la finalidad preventivo-especial negativa de la pena, concepto al que denominan "*incapacitation*".

La incapacitación es la idea de la simple limitación o restricción: tornar a la persona condenada incapaz, durante un período de tiempo, de cometer un nuevo delito. Este fin de la sanción penal ha sido perseguido, usualmente, a través de predicciones sobre la probabilidad del condenado de reincidir. Aquellos a quienes se considera más probable que reincidan tienen que ser neutralizados, por ejemplo, mediante una pena de prisión, o por una pena de prisión más larga de la que de todos modos recibirían⁵². La racionalidad se asemeja bastante a la del encarcelamiento preventivo. Se trata de encerrar a alguien, o de alargar su plazo de detención, con el objeto de prevenir que esa persona pueda cometer, hipotéticamente, actos futuros.

En este sentido, MORRIS, luego de destacar la importancia de la definición de la pena merecida según el grado de culpabilidad por el hecho, señala que hay quienes establecen una relación necesaria entre la pena merecida en estos términos y la pena impuesta. A continuación, el autor marca su diferencia, pues en su opinión el concepto retributivo de pena merecida es un principio limitador que cumple la finalidad de establecer los límites máximos y mínimos de la pena que puede ser impuesta, pero que no nos da mayor precisión acerca de la pena apropiada⁵³. MORRIS agrega que cuando decimos que una pena es merecida, en realidad, no estamos afirmando que se trata del castigo adecuado, sino, en todo caso, que lo que pretendemos expresar es que no es una sanción inmerecida o desproporcionada en relación a la gravedad del hecho. No es parte de un cálculo utilitario. El concepto de pena merecida define una relación entre delitos y penas en un con-

52 Cf. VON HIRSCH, *Incapacitation*, p. 101.

53 Cf. MORRIS, *Desert as a Limiting Principle*, p. 201.

tinuo entre lo indebidamente clemente y lo excesivamente punitivo, dentro del cual puede ser determinada la pena justa sobre la base de otros criterios⁵⁴.

Sin embargo, Morris no termina de ser consecuente con su propuesta. Si la culpabilidad es un *limite*, ello significa que no es un permiso para agotarla completamente cuando no hay necesidad o razón preventiva legítima que justifique esa decisión. El propio Morris afirma que su propuesta representa una decisión justa en términos individuales, y una mayor protección a la comunidad. Ninguna de sus afirmaciones es cierta. Si dos personas cometen el mismo hecho, y sólo una de ellas obtiene un pronóstico de peligrosidad, recibirán un tratamiento diferente, a pesar de compartir el mismo grado de responsabilidad. Ello significa que la imposición de la pena depende, exclusivamente, del juicio de peligrosidad. Si se trata de un error sobre el comportamiento futuro, esto es, de un "falso positivo"⁵⁵, entonces, está siendo castigado por circunstancias pasadas o presentes distintas al delito que cometiera, con criterios propios de un derecho penal de autor⁵⁶. La decisión, en términos individuales, no tiene nada de justa. Además, la condena tampoco significa nada respecto de la protección de la comunidad, en la medida en que se trate de un "falso positivo".

Ahora bien, para que se pudiera aceptar la propuesta de Morris, se debería exigir que el pronóstico de peligrosidad tenga un alto grado de certeza acerca de la posibilidad efectiva de que el condenado reincidirá —o que el imputado se fugará—, y que dicho pronóstico se funde en elementos objetivos referidos personalmente al condenado. Sin embargo, ocurre todo lo contrario. Por un lado, el pronóstico se realiza por métodos estadísticos, lo que significa que la persona es penada porque comparte ciertos atributos con otras personas que, estadísticamente, es más probable que cometan delitos⁵⁷. El problema se agrava por el alto porcentaje de error que arroja el método estadístico que se utiliza, especialmente cuando se trata de delitos graves. En efecto, cuanto más grave es el delito, mayor es la tasa de "falsos positivos" que serán considerados peligrosos

54 Cf. MORRIS, *Desert as a Limiting Principle*, p. 206.

55 En el contexto estadounidense, se hace mención al concepto de "falso positivo" para referirse a aquellas personas que han recibido un diagnóstico de personas "peligrosas" que resulta falso, pues de ser dejadas en libertad no reincidirían.

56 MORRIS pone un ejemplo que pone en evidencia esta afirmación. Justifica, aun si las posibilidades de reincidencia fueran de veinte en una, el encierro de un adolescente negro de dieciséis años que no estudia ni trabaja, hijo de madre soltera que vive en un barrio urbano deteriorado (*Incapacitation within Limits*, p. 142).

57 En realidad, Morris propone tener en cuenta tres criterios: a) una predicción "anamnética" (*anamnestic*) que considera la manera en que se comportó en el pasado bajo circunstancias similares; b) una predicción estadística que considera cómo se comportó en el pasado una persona como el condenado en una situación similar; y c) una predicción clínica, basada en la experiencia profesional de quien hace el pronóstico desde un enfoque psiquiátrico respecto de su eventual comportamiento futuro (*Incapacitation within Limits*, p. 140).

y que, si fueran liberados, no reincidirían. Algunos de sus críticos afirman que el porcentaje de falsos positivos es, al menos, del 50 %⁵⁸.

El punto de vista de MORRIS, como veremos, plantea serios problemas. Entre ellos se menciona la cuestión de los "falsos positivos". El propio MORRIS reconoce que aun con su método predictivo, que considera más confiable que el método simplemente estadístico, puede prevenir uno de cada tres delitos violentos dentro de un grupo de alto riesgo⁵⁹.

Ello significa que predice dos "falsos positivos" por cada "verdadero positivo", sin aclarar cuántos "falsos positivos" deben cumplir una pena sin justificación alguna. MORRIS trata de evitar esta cuestión señalando que el pronóstico de peligrosidad es la afirmación de una condición presente en la persona condenada, no la predicción de un resultado determinado. Sin embargo, su justificación no resulta convincente, pues se supone que la finalidad de la pena es evitar la comisión de delitos. En este contexto, ella se justifica si produce efectos preventivos. La comprobación de las circunstancias que fundan el juicio de peligrosidad no alcanza para justificar la imposición de una pena privativa de libertad por un largo período de tiempo. Su verificación sólo tiene sentido si resulta confiable para formular un juicio que permita tomar una decisión que realmente produzca efectos preventivos. Si se verifica una condena anterior, por ejemplo, esa circunstancia, en sí misma, no puede fundar la imposición de una nueva pena, a menos que ella y otras circunstancias permitan, de manera confiable, predecir que el condenado cometerá un delito violento.

IV. 4. La discusión en el derecho inglés

En la discusión acerca del tratamiento de aquellas personas condenadas que son definidas como "peligrosas", según se indica, se plantean, en el ámbito inglés, algunos interrogantes. Entre ellos, se discute la legitimidad de imponer largas condenas privativas de libertad para la protección del público, si existen métodos confiables para fundar tales decisiones, a qué clase de delitos debe aplicarse esta solución y, finalmente, qué garantías deben ser observadas en el proceso de toma de decisiones referido a esta cuestión⁶⁰.

Investigaciones recopiladas por órganos estatales han revelado que ningún método de predicción ha logrado un resultado mejor al de predecir un falso positivo por cada verdadero positivo, esto es, un 50 % de acierto en la tasa de "peligrosidad". Pero esto es lo que sucede en el mejor de los casos posibles, pues, en realidad, la mayoría de los métodos utilizados sólo tienen una tasa de aciertos del 33 %. Los delitos graves son comportamientos no usuales y, por ello, particularmente difíciles de predecir con exactitud. El estudio mencionado también

58 Cf. VON HIRSCH, *Incapacitation*, p. 101.

59 Cf. MORRIS, *Incapacitation within Limits*, p. 140.

60 Cf. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, p. 159.

reveló que los métodos estadísticos de predicción, basados en variables objetivas determinadas resultaban, en general, más confiables que las predicciones clínicas, fundadas en el juicio personalizado de profesionales experimentados⁶¹.

Los resultados mencionados, sin embargo, nada dicen respecto de su confiabilidad. La supuesta confiabilidad del método estadístico, en primer lugar, merece serios cuestionamientos. Tomar la decisión de prolongar la detención de una persona por el hecho de que ella comparte ciertas características con un grupo determinado resulta, en sí misma, una decisión ilegítima. Nada más similar al derecho penal de autor, pues la decisión sobre la pena no se fundará en el hecho concreto que ha cometido sino, en todo caso, en circunstancias tales como "hoger desintegrado", "educación incompleta", "padres alcohólicos", desarrollo de su adolescencia en "barrios marginales", pertenencia a minorías colocadas en situación de "desventaja social", etc. Ello significa que el plazo de detención dependerá, exclusivamente, del hecho de que la persona criminalizada comparta determinadas variables con otras personas consideradas "peligrosas".

El éxito del pronóstico analizado, por otra parte, nada tiene de "objetivo", como se pretende afirmar. Si como lo ha demostrado acabadamente la criminología de la reacción social, las variables relevantes no constituyen un índice que explica las causas del comportamiento antisocial sino, en todo caso, las causas de que ciertas personas sean efectivamente criminalizadas, a pesar de que ellas sólo representen un pequeño grupo de toda la población que incurre en determinado tipo de comportamientos, entonces, el supuesto "éxito" del pronóstico no es tal. Si sabemos que del total de personas que cometen agresiones sexuales, sólo son criminalizadas aquellas personas que pertenecen a minorías y que, además, cometen violaciones de mujeres desconocidas recurriendo a la violencia, aun cuando el pronóstico se confirme, tal pronóstico no puede ser considerado acertado, pues no explica la causa del comportamiento anterior a la sentencia sino, solamente, la causa de la criminalización posterior. De este modo, el pronóstico estadístico agrava aún más el proceso discriminatorio a través del cual se criminalizan los comportamientos desviados de ciertas personas.

Ello significa que, en las escasas ocasiones en las cuales una persona que no cumple con el estereotipo del violador sea efectivamente criminalizada, por el método estadístico ella será dejada rápidamente en libertad, sin importar, en realidad, el efectivo peligro para el público que su comportamiento futuro puede representar.

Se debe tomar en cuenta, además, la cuestionable confianza que merecen las evaluaciones referidas a los porcentajes de fiabilidad proporcionados por los propios órganos encargados de formular los pronósticos. Ello pues este tipo de estudios, una vez que producen la calificación de "peligrosidad" sobre un individuo, provocan la prolongación de su encarcelamiento, razón por la cual no resulta po-

61 Cf. ASWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, p. 160.

sible determinar si una futura reincidencia es producto de un pronóstico acertado o de las consecuencias derivadas de la prolongación del encierro carcelario.

En este sentido, una experiencia concreta ha permitido verificar empíricamente la proporción real de fracasos de tales pronósticos. En un estudio en el cual se realizó un estudio clínico de 800 prisioneros, se seleccionó a 77 de ellos según criterios predeterminados de peligrosidad. De esos 77, 48 de ellos fueron puestos en libertad y vigilados por un período de cinco años. En ese período temporal, sólo 9 de ellos cometieron delitos "peligrosos". Ello significa que, si los 48 individuos considerados "peligrosos" hubieran sido detenidos por un plazo adicional de cinco años sobre la base del pronóstico de peligrosidad, sólo habría habido una "tasa de aciertos" de 9 verdaderos positivos -alrededor del 20 %-⁶².

IV. 5. Breves conclusiones sobre los pronósticos

Como hemos visto, los estudios sobre condenados permiten cuestionar gravemente las predicciones sobre comportamientos humanos futuros, lo que agrava el problema de la legitimidad del encierro carcelario respecto de las personas efectivamente condenadas a una pena privativa de libertad.

Con cuánta más razón tales métodos deben ser criticados si los aplicamos a personas inocentes, respecto de quienes aún ni siquiera se ha comprobado si han cometido un comportamiento delictivo, y respecto de quienes resulta imposible predecir un comportamiento que pueda ser considerado como "peligro procesal".

Pensemos, por lo demás, en algunos casos posibles. Supongamos que fuera posible probar el peligro de entorpecimiento. Pensemos que se trata de un imputado que, aun encarcelado, por pertenecer a un grupo delictivo, pudiera continuar entorpeciendo la investigación desde la prisión. En ese caso, no habría justificación para encarcelarlo, pero, ¿podría ser invocado este argumento para solicitar su libertad?

El principal problema que enfrentan las predicciones sobre comportamiento futuro es que no son pasibles de ser demostradas ni refutadas, razón por la cual su legitimidad es dudosa en todos los casos.

V. Regresando al siglo XVIII

V. 1. La cárcel como lugar de custodia

Para comprender la actitud de los ilustrados, entonces, resulta necesario atender al origen de la institución carcelaria como instrumento de ejecución de las sanciones punitivas. Durante la caída del régimen feudal se recurrió a una "política criminal de tipo sanguinario... [fundada en] la horca, la marca a fuego y el exterminio"⁶³. La "brutal legislación penal de los siglos XVI y XVII" es reempla-

62 Cf. ASWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, p. 160.

63 PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 32 (destacado en el original).

zada por otras medidas, "a través de una variada organización de la *beneficencia pública* por un lado y a través del *internamiento institucional* por otro"⁶⁴.

El nuevo sistema recurre a "la internación coactiva en el vasto archipiélago institucional que surgirá un poco por todas partes en la Europa protestante y también en la católica de los siglos XVII y XVIII"⁶⁵. Se trataba de la "casa de corrección manufacturera" o "casa de trabajo", inicialmente patrimonio de los países protestantes que luego se generalizó rápidamente también en los países católicos⁶⁶. "Con el tiempo... esta originaria institución sufrirá un proceso de especialización, y de esta forma de internación surgirá, a finales del siglo XVIII, también la *penitenciaría* para los transgresores de la ley penal"⁶⁷.

A pesar de que la prisión surge como lugar de ejecución de la pena a finales del siglo XVIII, la pena carcelaria no adquiere relevancia sino hasta el siglo siguiente. La pena privativa de la libertad recién logra "su afirmación como pena dominante en la primera mitad del siglo pasado [siglo XIX]"⁶⁸. Hasta ese momento, los ordenamientos penales recurrían principalmente a penas pecuniarias, penas corporales, pena de muerte y penas infamantes, pues "no consideraban la pérdida de la libertad por un período determinado de tiempo un castigo apropiado para el criminal. Y esto, simplemente, porque la libertad no era considerada un valor cuya privación pudiese considerarse como un sufrimiento, como un mal. Ciertamente existía ya la cárcel, pero como simple lugar de custodia donde el imputado esperaba el proceso; antes de la aparición del sistema de producción capitalista no existía la cárcel como lugar de ejecución de la pena propiamente dicha que consistía, como se ha señalado, en algo distinto a la pérdida de libertad"⁶⁹.

El ataque frontal contra el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo que dio fundamento político al nuevo derecho penal fue llevado a cabo por los iluministas del siglo XVIII. Ya en el siglo XVII se habían alzado las primeras opiniones críticas contra el modelo de persecución penal, expresando especial indignación ante la tortura. Entre estas opiniones, es destacable la del magistrado Agustín Nicoulas, quien en 1682 escribió: "Quienquiera que reflexione sobre la fuente y sobre los autores de la tortura, no podrá más que estar de acuerdo en que se

64 PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 32 (destacado en el original).

65 PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 32.

66 Cf. MELOSSI y PAVARINI, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, p. 53.

67 PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 33 (destacado en el original).

68 PAVARINI, *¿Menos cárcel y más medidas alternativas?*, p. 25.

69 PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 36.

trata de una invención del Diablo, sugerida a los paganos y a los tiranos para oprimir a una infinidad de gentes de bien"⁷⁰.

Sin embargo, tales voces fueron aisladas, y no fue sino hasta el siglo XVIII cuando se emprendió "decididamente el camino en pos de la reforma del enjuiciamiento penal"⁷¹. Entre algunos de los más conspicuos representantes del pensamiento ilustrado que se ocuparon de la justicia penal puede citarse a MONTESQUIEU, con obras publicadas en 1721 (*Cartas Persas*) y en 1748 (*Del espíritu de las leyes*); BECCARIA, cuya obra fue publicada anónimamente en 1764 (*De los delitos y de las penas*); y VOLTAIRE, con numerosas obras, algunas de ellas aparecidas en 1763 y 1766⁷².

Así, la crítica ilustrada surgió en un contexto histórico anterior a la transformación de la cárcel en la institución central de ejecución del castigo represivo:

"Hasta finales del siglo XVIII la privación de libertad es una de las varias clases de pena que el Estado impone a los individuos condenados. Coexiste en España con la pena de galeras y la pena de muerte, que son las más aplicadas; las mutilaciones y las penas infamantes; en Europa coexiste con la mutilación, los azotes, la deportación y la pena de muerte, como penas principalmente aplicadas. La ejecución pública con fines de ejemplaridad es extensamente aplicada en toda Europa... la cárcel tiene asimismo el carácter de una medida procesal; contiene a los que han de ser enviados a galeras, deportados a colonias o ejecutados públicamente..."⁷³.

En efecto, la prisión como lugar central del castigo no sólo surgió luego de que apareciera la crítica iluminista, sino que, además, fue producto necesario de ésta. En este sentido, se afirma: "Los siglos XVII y XVIII fueron creando poco a poco la institución que primero el *Iluminismo* y después los reformadores del siglo XIX transformaron en la forma actual de la cárcel"⁷⁴. La consolidación de la prisión como institución penal, entonces, acompaña a la consolidación del Estado liberal, como expresión de la racionalización del castigo propia del sistema penal postrevolucionario, en contraposición a la falta de garantías jurídicas, a la arbitrariedad y a la práctica de la tortura del Antiguo Régimen⁷⁵. En el nuevo

70 Párrafo reproducido por ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 352, citado por MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 335. MAIER también señala las opiniones críticas del jesuita alemán Friedrich von SPER, vertidas en una obra publicada en 1631, y del abate FLEURY, quien a finales del siglo XVII señaló la necesidad de abandonar el sistema inquisitivo (*Derecho procesal penal*, t. I, p. 335).

71 MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 335.

72 Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 336 y ss. Un amplio desarrollo de la influencia del pensamiento iluminista sobre el modelo de procedimiento penal en FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cap. 9, ps. 537 y siguientes.

73 MIRALLES, *El control formal: la cárcel*, p. 96.

74 MELOSSI y PAVARINI, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, p. 53 (destacado agregado).

75 Cf. ÁLVAREZ URÍA, *Sociologías de la cárcel*, ps. 86 y s. Sin embargo, el autor impugna esta versión de la creación democrática de la prisión: "Se podría objetar que sin embargo el

Estado, la cárcel se consolida como sistema punitivo que prevalece sobre las penas físicas tan extendidas en el Antiguo Régimen. La prisión se constituye en un baluarte de defensa social durante el predominio del Estado liberal⁷⁶.

En conclusión, si bien es cierto que la impugnación de la detención provisional formulada por los iluministas no alcanzó la magnitud de la crítica dirigida a la práctica de la tortura, diversas circunstancias históricas explican esta particular actitud y, además y especialmente, permiten diferenciar el alcance atribuido en ese particular momento histórico al principio de inocencia, en relación del derecho a la libertad durante el proceso, del que se le reconoce actualmente.

V. 2. La "justificación" iluminista

Como señala FERRAJOLI, "en nombre de 'necesidades' diversas... la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico"⁷⁷. Sin embargo, luego de analizar el contexto histórico en el que se desarrolló la discusión iluminista, no puede dejar de reconocerse que la particular "justificación" que brindaron no tiene semejanza alguna con la dimensión que la justificación del encarcelamiento preventivo ha alcanzado en la actualidad, según la doctrina procesal más garantista e, incluso, según la jurisprudencia de los órganos del sistema de protección internacional de derechos humanos.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que los ilustrados, en principio, impugnaron la legitimidad de la detención provisional por su oposición al principio de inocencia. Como ya señaláramos, HOBBS, calificó la prisión cautelar como un "acto hostil" contra un ciudadano⁷⁸. VOLTAIRE observó que "la manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos". Reconocidos pensadores —como CARRARA y BENTHAM— denunciaron la "atrocidad", la "barbarie", la "injusticia" y la "inmoralidad" de la prisión preventiva⁷⁹. CARRARA criticó duramente la prisión preventiva⁷⁹, a la que CARMIGNANI calificó como "al mismo tiempo una pena... y un medio de extorsión similar a la tortura" mientras que GIUDICI sostenía que "sólo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano"⁸⁰.

espacio cerrado de las cárceles presenta demasiadas similitudes con las viejas bastillas destruidas en nombre de la libertad" (p. 87). También señala: "La sociología crítica de las instituciones penitenciarias se ha enfrentado con mayor o menor radicalidad a esta pretendida legitimidad democrática que justifica la existencia de las cárceles... En este sentido la prisión lejos de asegurar la igualdad entre todos los hombres ante la ley contribuye a la división de la sociedad y favorece la ficción de que las leyes coinciden con la justicia" (ps. 87 y siguiente).

⁷⁶ Cf. ÁLVAREZ URÍA, *Sociologías de la cárcel*, ps. 93 y siguiente.

⁷⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 553.

⁷⁸ Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 550, 552, 625 y 552.

⁷⁹ LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva*, p. 75.

⁸⁰ Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 626 y 630.

Al mismo tiempo, se justificó, bajo ciertas condiciones, la prisión provisional. BECCARIA afirmó que la pena anticipada vulneraba el principio de inocencia y, al mismo tiempo, justificó abiertamente que en algunos casos se recurriera al encarcelamiento preventivo, al cual le reconocía sin rodeos el carácter de pena anticipada: "La prisión es una pena que necesariamente debe preceder, a diferencia de todas las demás, a la declaración del delito..."⁸¹. También reconoció fines procesales a la detención cautelar, pues destacó que "la simple custodia" de un ciudadano sólo podía ser "necesaria para o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos"⁸². CARRARA, llamativamente, admitió que la custodia preventiva podía ser ordenada no sólo para evitar la fuga del imputado, sino también por necesidades de "defensa pública, para impedirle a ciertos fascinosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno"⁸³.

Pero lo más importante, quizá, sean las opiniones de BECCARIA y PAGANO. El primero aceptó la posibilidad de imponer una pena formal aun cuando no se hubiera probado la culpabilidad del acusado: "Cuando en un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre, pero sí gran probabilidad de haberlo cometido, parece debería decretarse contra él la pena de destierro"⁸⁴. PAGANO, por su parte, se ocupó de proponer que "para que la sociedad pudiera descansar más segura, el reo contra el que existan indicios pero no confirmaciones podría ser desterrado para siempre del reino"⁸⁵. Ambas afirmaciones ponen de manifiesto que la prisión provisional ni siquiera se percibía como una pena, y su rechazo y admisión parcial se vincularon más, en ese particular momento histórico, a su similitud con los tormentos que a su posible parecido con una pena determinada como hoy es la pena privativa de libertad.

Las diferencias entre estas justificaciones y la justificación actual son varias. En primer lugar, parece claro que se reconocía carácter estrictamente excepcional a la detención provisional. Sólo esa conclusión es posible si tenemos en cuenta la crítica que antecede a la aceptación del encierro anticipado. Por otro lado, el reconocimiento de BECCARIA del carácter penal de la medida cautelar representa, al menos, un acto de honestidad, que evita recurrir al eufemismo de distinguir nominalmente aquello que para el imputado significa una medida punitiva. Tal reconocimiento, por paradójico que parezca, sólo puede producir el efecto de reconocer el carácter necesariamente excepcional de la detención cautelar.

Finalmente, y lo que resulta más relevante, la justificación de los ilustrados, por el contexto histórico en la que surgió, está condicionada por un concepto de *porcionalidad* de mucho mayor poder limitador que el utilizado en la actualidad.

⁸¹ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 105 (destacado agregado).

⁸² Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y 626.

⁸³ Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y siguiente.

⁸⁴ Citado por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 552 y 626.

⁸⁵ Citados por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 552.

Es esta profunda diferencia, como veremos, la que hoy exige una reformulación del principio de inocencia, lo que, a su vez, torna absolutamente ilegítimo el instituto del encarcelamiento preventivo tal como lo conocemos en el derecho procesal penal vigente.

V. 3. El anacronismo y los ilustrados

Para analizar el problema objeto de estas reflexiones, no podemos dejar de lado la interesante observación de BIANCHI en relación al análisis histórico de las instituciones jurídicas: el "anacronismo" (*anachronism*). Este autor define el anacronismo como la tendencia a realizar reconstrucciones erróneas de la historia, atribuyendo nuestros propios esquemas actuales de pensamiento, prácticas y estructuras sociales a períodos históricos a los cuales no pueden haber pertenecido⁸⁶.

A nuestro juicio, el debate de autores tales como FERRAJOLI, por ejemplo, incurre en este vicio de anacronismo, pues se analiza la discusión de los iluministas como si ésta fuera aplicable a la administración de justicia penal y a las prácticas que se consolidaron en el siglo XIX, esto es, un siglo más tarde desde que el debate de los ilustrados tuvo lugar.

En el particular contexto histórico en el que se desarrolló el debate iluminista, queda claro que la actitud severamente crítica respecto de la tortura, que coexistió con una impugnación de menor intensidad de la prisión provisional, se vincula con el *principio de proporcionalidad* –consecuencia necesaria del principio de inocencia–. El hecho puntual de que las críticas más duras a la detención cautelar se hayan concentrado en la dureza en su ejecución resulta buena prueba de ello.

La opinión de los iluministas sobre la prisión preventiva surgió en un contexto en el cual las penas más comunes eran sustancialmente más graves que la prisión, y ésta no era considerada una pena sino excepcionalmente. La privación de libertad no se afirmó como pena dominante sino hasta la primera mitad del siglo XIX. Por este motivo, los pensadores de la Ilustración concentraron especialmente su atención en la práctica de la tortura, pues ésta sí resultaba materialmente similar, por su naturaleza y gravedad, a las penas del Antiguo Régimen.

Al vincular la crítica dirigida a la tortura con el principio de inocencia, por otra parte, establecieron un presupuesto que, aunque no fuera mencionado, se hallaba en la base de su argumentación: ninguna medida cautelar puede revestir una gravedad o intensidad semejante a la de una medida punitiva. Este presupuesto, de modo necesario, sólo puede derivar del principio de proporcionalidad, como corolario del principio de inocencia.

⁸⁶ Cf. BIANCHI, *Justice as Sanctuary*, p. 9.

Sólo así resulta comprensible la aparente contradicción entre la oposición absoluta a la tortura y la tolerancia a la detención provisional. La semejanza material entre la tortura y la pena, inexistente en el caso de la prisión cautelar, explica, entonces, el diferente tratamiento dado a esta última.

El sentido atribuido por los pensadores del siglo XVIII al criterio de proporcionalidad entre coacción procesal y coacción sustantiva, en consecuencia, es esencialmente *distinto* al que se atribuye al principio en la actualidad. El pensamiento clásico consideró que el principio de inocencia impedía, de manera absoluta, que aun con fines procesales, se pudiera imponer al inocente una medida de coacción cautelar materialmente equivalente a la sanción sustantiva. El sentido atribuido al principio de proporcionalidad, por ende, exigía que toda medida cautelar, además de ser aplicada excepcionalmente, resultara sustancialmente mucho menos lesiva que la sanción penal eventualmente aplicable.

V. 4. Inocencia y proporcionalidad

En uno de los pocos trabajos que en nuestro medio han innovado en relación al tema de la vinculación entre principio de inocencia y limitación temporal del encarcelamiento preventivo, Natalia SERRI ha destacado la centralidad del principio de proporcionalidad para dar un adecuado tratamiento al principio de inocencia⁸⁷. La autora citada ha puesto de manifiesto las graves consecuencias que derivan de la interpretación del principio de proporcionalidad como sinónimo de equivalencia entre medidas de coacción procesal y coacción sustantiva.

Esta interpretación –en términos de equivalencia– del principio de proporcionalidad produce graves consecuencias. Ella permite, por ejemplo, que en la actualidad la aplicación del encarcelamiento preventivo produzca resultados más graves que los de la inquisitiva institución de la *pena extraordinaria*. En el contexto del procedimiento inquisitivo, la *pena extraordinaria* permitía escapar del dilema absolución-condena, para los casos en los cuales no se alcanzaba la certeza necesaria para condenar, aplicando una pena reducida, conforme a la probabilidad⁸⁸. Se trataba de la pena de sospecha, que permitía dosificar el castigo según el grado de certeza alcanzado por el juzgador: si lograba demostrar con certeza la responsabilidad del imputado, podía aplicar la pena máxima; en caso contrario, la sospecha autorizaba a aplicar una pena proporcional al nivel de verificación de la hipótesis acusatoria alcanzado en el proceso. A pesar de la diversidad del mecanismo, la falta de certeza, al menos, reducía la pena aplicable. La situación actual, paradójicamente, ni siquiera garantiza esa reducción en todos los casos.

⁸⁷ Cf. SERRI, *Límites temporales a la prisión preventiva*, especialmente el punto III. 2, *Límite temporal derivado del principio de proporcionalidad*, donde desarrolla su ingenioso y original "principio de inequivalencia entre la pena y la prisión preventiva, ps. 136 y siguientes.

⁸⁸ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 880.

La manera más efectiva de demostrar la irracionalidad de la forma en que opera actualmente el principio de proporcionalidad consiste en realizar una comparación con la *poena extraordinaria*. En este sentido, es posible afirmar que la justicia penal "soluciona" su ineficiencia recurriendo al encarcelamiento anticipado de inocentes, a partir de la misma racionalidad que estructuraba el instituto inquisitivo de la *poena extraordinaria*. Sin embargo, las consecuencias de la aplicación actual de esa racionalidad inquisitiva a través del encarcelamiento preventivo son aún más graves que las provocadas por la pena de sospecha.

En efecto, la prisión preventiva opera como la *poena extraordinaria* sólo cuando por la gravedad de la pena el imputado obtiene su libertad por la limitación temporal del encarcelamiento al "plazo razonable" de los tratados de derechos humanos -Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.3-. En estos supuestos, la imposibilidad del Estado de demostrar con certeza la culpabilidad del imputado sólo permite una detención sin condena que es inferior a la pena eventualmente aplicable, de manera análoga a la aplicación de la *poena extraordinaria*. Cuando la pena es menor, en cambio, y el imputado obtiene su libertad por exigencia del principio de proporcionalidad considerado en términos de equivalencia -v. gr., cuando agotó en prisión preventiva el máximo de la pena eventualmente aplicable-, el encarcelamiento anticipado es más grave que la *poena extraordinaria*, pues aquí, en realidad -a pesar de la falta de pruebas-, se equipara a la eventual condena.

En síntesis, la construcción del significado del principio de proporcionalidad que ha realizado el derecho procesal penal del siglo pasado ha terminado por reproducir una práctica aún más perversa que la *poena extraordinaria* de la más pura inquisición. Lo más grave es que este concepto de proporcionalidad ni siquiera respeta un criterio sustantivo de proporcionalidad, pues se halla en peor situación la persona a quien se le imputa un delito leve que el imputado a quien se le atribuye un delito de extrema gravedad. Este último, por el límite temporal, sólo cumplirá una parte de la pena eventualmente aplicable, pero aquél estará en peor situación, pues agotará en prisión completamente la pena eventualmente aplicable, es decir, estará en idéntica situación que un condenado.

¿Cuál es la racionalidad de esta práctica? No parece posible asignarle racionalidad alguna. La redefinición del principio de proporcionalidad sólo ha justificado lo que el principio de inocencia prohíbe, esto es, tratar a los inocentes del mismo modo que a los culpables. Por lo demás, la aplicación del principio autoriza a que los imputados por delitos menos graves agoten íntegramente el cumplimiento de la pena antes de ser declarados culpables, colocándolos en peor situación que aquellos que son acusados por delitos muchos más graves. En este contexto, el principio de proporcionalidad carece de todo poder limitador. En consecuencia, resulta necesario atribuirle un nuevo contenido, para que pueda operar como una exigencia adecuada al servicio de la protección de los derechos de las personas inocentes. En esta tarea, puede resultar útil recuperar algunas de las ideas desarrolladas por el pensamiento clásico.

V. 5. El principio de inocencia como proporcionalidad

I. Para realizar una reconstrucción consistente del pensamiento ilustrado, siguiendo a Sengt⁸⁹, debemos tener en cuenta que el principal contenido de limitación que conlleva el principio de inocencia es el principio de proporcionalidad en términos de *inequivalencia*.

La única posibilidad de redefinir el principio de inocencia en la actualidad, para que pueda operar realmente como límite a la coerción estatal, consiste, a nuestro juicio, en dejar radicalmente de lado los desarrollos teóricos tradicionales y, además de seguir la propuesta de Sengt -absolutamente correcta- admitir, al mismo tiempo, que los demás "requisitos materiales o sustantivos" no resultan adecuados para tornar efectivas las limitaciones necesarias que derivan del principio de inocencia.

Nos referimos que debemos partir del hecho de que exigencias tales como: a) fin procesal; y b) principio de excepcionalidad, a pesar de ser las que representan la mejor música para nuestros oídos, no sirven en lo más mínimo para llevar a la práctica los límites indiscutibles del principio de inocencia.

La única manera de redefinir el concepto de inocencia requiere que distingamos el papel que juegan tales principios en la aplicación del principio de proporcionalidad, como *principios instrumentales*, y en la aceptación de que el principio de inocencia tal como ha sido desarrollado por la doctrina ilustrada, se reduce, esencialmente, al *principio de proporcionalidad* en el sentido de inequivalencia recuperado por Sengt dos siglos más tarde, esto es, que el principio de inocencia es, esencialmente, proporcionalidad, y nada más que eso.

II. Sin embargo, se nos pretende hacer creer que los desarrollos posteriores al positivismo, del siglo pasado -siglo XX-, resultan principio capaces de ser plasmados en ordenamientos procesales e instrumentos internacionales de manera tal de poner coto al encarcelamiento arbitrario de personas inocentes⁹⁰. La experiencia empírica indica lo contrario.

Es por ello que consideramos que el contenido central y con reales posibilidades limitadoras derivado del principio de inocencia es el principio de proporcionalidad. Es este principio el que impide que a una persona inocente se le impongan restricciones a sus derechos cualitativa o cuantitativamente similares a las que se pueden imponer a una persona declarada culpable luego de un procedimiento regular ante los tribunales penales competentes, independientes e imparciales.

⁸⁹ Un desarrollo mucho más acabado de las consecuencias prácticas de redefinir el papel que juega el principio de proporcionalidad como límite, en un trabajo más reciente de Sengt, *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*.

⁹⁰ Una descripción complaciente con tales posturas en Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*.

Poco importa cuál es la finalidad –procesal o no– del Estado al imponer la medida si no se respeta la proporcionalidad; poco importa si se respeta la exigencia de excepcionalidad para quienes resulten efectivamente detenidos, si ello permite que se apliquen medidas materialmente idénticas a las sanciones represivas sustantivas.

Los demás requisitos sólo operan como mecanismos instrumentales para que el Estado no puede exceder su única facultad legítima: imponer medidas de coerción procesal materialmente distintas y sustancialmente menos restrictivas de derechos que las medidas tradicionales de carácter cautelar del procedimiento penal. En este contexto, sólo la proporcionalidad –en realidad, la falta de ella–, será la única exigencia derivada del principio de inocencia capaz de producir efectos prácticos en el mundo real para eliminar los abusos cotidianos de la justicia penal.

Pero para ello, es hora de destruir el significado atribuido al principio de inocencia por los desarrollos teóricos y normativos del siglo XX, y, simultáneamente, recuperar la severa impugnación política de la Ilustración en cuanto a la exigencia de [falta de] proporcionalidad entre pena sustantiva y pena procesal en el siglo XVIII. Hay que recuperar el estilo de impugnación política de los ilustrados, para dejar de sostener que, a diferencia de la pena, el encarcelamiento preventivo es “sólo” una medida cautelar. A ningún iluminista se le hubiera ocurrido recurrir al eufemismo –común entre nuestra doctrina procesal más garantista– de afirmar que la tortura era “sólo” una medida de prueba⁹¹.

91. No puede dejarse de lado que la Inquisición histórica habría pasado a la historia del horror humano aun si no hubiera aplicado una sola medida formalmente punitiva.

La prisión no es hija de las leyes ni de los códigos, ni del aparato judicial.

Michael Foucault, *Vigilar y castigar*.

I. La cárcel como un “espacio sin ley”

Suele afirmarse que la cárcel es el espacio “sin ley” de la justicia penal. Si bien uno podría coincidir, en principio, con tal afirmación, resulta necesario realizar algunas consideraciones adicionales. En primer término, debemos definir el significado del término “sin ley”. Éste puede significar, al menos, dos cosas diferentes: a) que se trata de un ámbito no regulado por la ley; o b) que se trata de un ámbito de inobservancia generalizada de la ley. En segundo lugar, también es necesario determinar si la “ilegalidad” que se predica de la cárcel no afecta, en realidad, a toda la justicia penal. Entendemos por ilegalidad, en este contexto, el apartamiento, por parte de los actores de cualquier ámbito de la justicia penal, de las normas fundamentales del ordenamiento jurídico.

En nuestra opinión, la ilegalidad que ha caracterizado a la cárcel deriva principalmente de la práctica jurídica antes que de la ausencia de reglas positivas que pongan límites a la injerencia estatal sobre los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Si bien es cierto que desde la consolidación del Estado de derecho moderno ha tenido lugar un proceso de producción normativa muchísimo más elaborado en el campo del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal, la definición del carácter administrativo de la institución penitenciaria, y la ausencia de control judicial sobre la vida carcelaria no han sido determinadas, al menos de manera significativa, por principios de los ordenamientos jurídicos vigentes. En todo caso, no han sido los textos legales los que condicionaron la ilegalidad carcelaria.

El reconocimiento normativo del principio de legalidad material y de los derechos fundamentales que se invocan actualmente para justificar la necesidad de dotar de legalidad a la institución carcelaria no es reciente, data, por lo menos, del siglo pasado. Lo único reciente es la variación del *sentido* y del *alcance* que la práctica jurídica reconoce a esos principios en relación a las personas privadas de libertad. El texto constitucional argentino, por ejemplo, *estableció*, ya en 1853, una especial protección para las personas en prisión. El art. 18 de la Constitución Nacional, en este sentido, *establece* en su última frase: